

Maximilian Sebastian Ferdinand Kulenkampff

Objektive, verlässliche und zugängliche Zeiterfassungssysteme

Gestaltungsmöglichkeiten und Umsetzungsbedarf



Nomos

Studien zum Arbeitsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Georg Caspers, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Richard Giesen, Universität München

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Horst Konzen, Eltville

Band 44

Maximilian Sebastian Ferdinand Kulenkampff

Objektive, verlässliche und zugängliche Zeiterfassungssysteme

Gestaltungsmöglichkeiten und Umsetzungsbedarf



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-0741-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-1899-8 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommertrimester vom Promotionsausschuss der Bucerius Law School – Hochschule der Rechtswissenschaft – in Hamburg als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung erfolgte am 28. Juni 2023. Die Arbeit wurde im November 2022 abgeschlossen. Bis zu diesem Datum wurden auch Literatur und Rechtsprechung berücksichtigt.

Bedanken möchte ich mich zuallererst bei meinem Doktorvater, Professor Dr. Matthias Jacobs. Im Grunde könnte ich – wie so viele vor mir – bereits mit Deinem universitären Schwerpunkt beginnen, den Du so spannend gestaltet hast, dass er erst meine Begeisterung für das Arbeitsrecht entfacht hat, welches nicht nur meine juristische Ausbildung, sondern auch meinen jetzigen Beruf maßgeblich bestimmt. Bei der Dissertation standest Du mir ab Tag 1 unterstützend und stets mit guten Ratschlägen und Hinweisen zur Seite. Betonen möchte ich zudem Deine zahlreichen Tipps im Rahmen der Vorkorrektur, die dazu beigetragen haben, die Arbeit noch einmal auf eine höhere Stufe zu heben. Schließlich warst Du mir mit Deinen Hinweisen bei der Vorbereitung meiner mündlichen Prüfung und der Auswahl und Gestaltung meines Vortragsthemas eine große Hilfe. Nochmals vielen Dank dafür!

Ferner danke ich Herrn Professor Doktor Klaus-Stefan Hohenstatt für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, die eine zügige Veröffentlichung bei diesem sich rasch wandelnden Thema erst möglich gemacht hat. Außerdem danke ich ihm für die motivierenden Worte bereits zu einem ganz frühen Stadium der Arbeit, die mich nicht nur bei der Erstellung der Arbeit, sondern auch bei meiner Berufswahl noch einmal bestärkt haben.

Mein besonderer Dank gilt schließlich meinen Kollegen von Schramm Meyer Kuhnke, die mich trotz der mit der Coronazeit verbundenen Unwägbarkeiten sehr kurzfristig und vor allem warmherzig aufgenommen haben. Ihr standet mir bei der Erstellung der Dissertation mit euren Anregungen und Tipps zur Seite, sondern ihr habt mir vor allem sehr wertvolle praktische Erfahrungen beschert, die die Dissertation inhaltlich besonders bereichert haben.

Im Übrigen danke ich meinen Freunden, Dr. Ruben Rehr und – hoffentlich ebenfalls bald Dr. – Fabian Flüchter, die mich von Beginn an bei meinem Dissertationsvorhaben ermutigt haben und mir immer für eine

angeregte Diskussion über Thesen und Aufbau der Arbeit zur Verfügung standen, sowie meiner Freundin Ningning Jin, die mir neben der stressigen Endphase der Dissertation neben meinem und ihrem (!) Berufsalltag stets bestmöglich den Rücken freigehalten hat. Dank gebührt darüber hinaus Christoph Dierking für das Korrekturlesen. Ohne Euch wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen!

Abschließend widme ich die Arbeit meinem Vater, Michael Rolf Martin Kulenkampff († 2003), der uns viel zu früh verlassen musste und daher leider weder mein Erwachsenwerden noch meine juristische Ausbildung erleben konnte.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	13
Einleitung	29
A. Einführung	29
B. Gang der Untersuchung	31
C. Abgrenzung und Begrenzung des Themas	34
Kapitel 1: Arbeitszeiterfassung vor der EuGH-Entscheidung	39
A. Konzeption des Arbeitszeitrechts in Deutschland	39
I. Verschiedene Arbeitszeitbegriffe	39
II. Grundlagen öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschutzes	42
B. Gesetzliche Regelungen zur Arbeitszeiterfassung in Deutschland	46
I. Allgemeine Vorschrift der Arbeitszeiterfassung, § 16 Abs. 2 ArbZG	47
II. Spezialvorschriften zur Arbeitszeiterfassung	57
III. Arbeitszeiterfassung auf Veranlassung des Betriebsrats	64
IV. Zeiterfassung auf Veranlassung der Aufsichtsbehörde	71
V. Zivilrechtliche Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	79
VI. Zusammenfassung der Arbeitszeiterfassungsregelungen in Deutschland	82
C. Arbeitszeiterfassung in der Praxis	83
I. Überstunden in Deutschland	83
II. Praktische Verbreitung der Arbeitszeiterfassung	84
III. Verbreitung von behördlichen Arbeitszeitkontrollen	85
Kapitel 2: EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „CCOO“	91
A. Gegenstand der Entscheidung	91
I. Sachverhalt	91
II. Schlussanträge des Generalanwalts	93
III. Entscheidungsgründe des EuGH	95

IV. Gemeinsamkeiten und Unterschiede mit den Schlussanträgen	97
B. Reaktionen auf die Entscheidung	103
I. Von Arbeitnehmerseite	103
II. Von Arbeitgeberseite	104
III. Von Seiten der Bundesregierung	105
Kapitel 3: Anwendungsbereich und Umfang der Zeiterfassung	107
A. Auslegungsmaßstab	107
I. Grundsatz: Ausgehen vom Wortsinn	107
II. Systematik	107
III. Teleologische Auslegung	109
IV. Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten als Grenze der Auslegung	113
B. Persönlicher Anwendungsbereich der Arbeitszeiterfassung	115
I. Arbeitnehmerbegriff	116
II. Verantwortlichkeit der Arbeitgeber und Arbeitgeberbegriff	121
C. Sachlicher Anwendungsbereich (Arbeitszeitbegriff)	123
I. Arbeitszeitbegriff der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	123
II. Ausgewählte Problemfelder des Arbeitszeitbegriffs	124
III. Auswirkungen auf den vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff	127
D. Umfang der Zeiterfassung	140
I. Erfassung von Zahl und Lage der Arbeitszeit	141
II. Arbeitszeit „erfassen“ oder „aufzeichnen“?	142
E. Tatsächliche Zeiterfassungs- oder bloße Einführungspflicht	146
I. Wortlaut der EuGH-Entscheidung	146
II. Systematischer Vergleich mit den Schlussanträgen	150
III. Teleologische Argumentation	151
IV. Dispositionsbefugnis über die Arbeitszeiterfassung	154
V. Zwischenergebnis	158
Kapitel 4: „Objektives, verlässliches und zugängliches System“	159
A. „System“ der Zeiterfassung	159
I. Definitionsversuche in der Literatur	160

II. Ursprung des Begriffes „System“	160
III. Ausformung von „objektiv“, „verlässlich“ und „zugänglich“	161
IV. Zwischenergebnis	162
B. „Objektiv“ und „verlässlich“	162
I. Identische Auslegung?	163
II. Exakte Zeiterfassung zur Beweissicherung	170
III. Beweissicherung durch gegenseitige Kontrolle	183
IV. Manipulationssicherheit der Daten	199
V. Delegation der Arbeitszeiterfassung	207
VI. Zeitnahe Erfassung	219
VII. „Effektive“ Zeiterfassung	227
VIII. Erfassung frei von (faktischen) Zwängen	228
IX. Faktischer Formzwang?	235
X. Fehlerunanfälligkeit und Funktionsfähigkeit	253
XI. Zwischenergebnis	254
C. „Zugänglich“	256
I. Zugänglich im Sinne von jederzeitiger Verwendbarkeit	256
II. Zugänglich im Sinne von transparent und verständlich	258
III. Zugänglich im Sinne eines Zugriffsrechts	261
IV. Zwischenergebnis zur Zugänglichkeit	270
D. Zusammenfassung: „objektives, verlässliches und zugängliches System“	270
Kapitel 5: Ausnahmemöglichkeiten	273
A. Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Modalitäten („Wie“), Umsetzungspflicht hinsichtlich des „Ob“	273
I. Beschränkung auf die Modalitäten der Arbeitszeiterfassung	273
II. Umsetzungspflicht hinsichtlich des „Ob“	275
III. Zwischenergebnis	278
B. Ausnahmemöglichkeiten hinsichtlich der Modalitäten	278
I. Was sind „Modalitäten“ der Zeiterfassung?	278

II. Wahl der Form der Arbeitszeiterfassung	280
III. Berücksichtigung der Größe des Unternehmens	304
IV. Berücksichtigung der Eigenheiten des Unternehmens	310
C. Ausnahmenvorschriften der RL 2003/88/EG	314
I. Ausnahme für „autonome Arbeitnehmer“, Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG	314
II. Ausnahmen für „freiwillige Arbeitnehmer“ nach Art. 22 RL 2003/88/EG	342
III. Ausnahmen durch Tarifverträge	349
IV. Ausnahmen für mobile Arbeitnehmer nach Art. 20 RL 2003/88/EG	353
V. Ausnahmen für Arbeitnehmer seegängiger Fischerei nach Art. 21 RL 2003/88/EG	355
VI. Zwischenergebnis	356
Kapitel 6: Bindungswirkung der EuGH-Entscheidung	359
A. Unionsrechtskonformität deutscher Zeiterfassungsvorschriften	359
I. § 16 Abs. 2 ArbZG	359
II. Spezielle Arbeitszeiterfassungsvorschriften	362
III. § 80 Abs. 2 BetrVG und § 17 Abs. 4 ArbZG	365
IV. § 17 Abs. 2 ArbZG	371
V. Zwischenergebnis zur Umsetzungspflicht	373
B. Unmittelbare Wirkung von Art. 31 Abs. 2 GRCh	374
I. Bisherige EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit	374
II. Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung	377
III. EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitszeiterfassung	381
IV. Entscheidung zur unmittelbaren Wirkung bewusst offengelassen?	383
V. Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten	387
VI. Nichtanwendung unionsrechtswidriger Vorschriften	389
VII. Ergebnis: Keine unmittelbare Wirkung bei der Arbeitszeiterfassung	390
C. Unmittelbare Anwendbarkeit der RL 2003/88/EG	390
I. Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien?	391

II. Unmittelbare Wirkung hinsichtlich der Arbeitszeiterfassung	392
D. Richtlinienkonforme Auslegung	398
I. Voraussetzungen und Maßstab richtlinienkonformer Auslegung	399
II. Richtlinienkonforme Auslegung von § 16 Abs. 2 ArbZG?	401
III. Keine Richtlinienkonforme Auslegung von § 80 Abs. 2 BetrVG	412
IV. Richtlinienkonforme Auslegung von § 17 Abs. 2 und 4 ArbZG?	414
V. Richtlinienkonforme Auslegung von § 618 BGB	419
VI. Richtlinienkonforme Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG?	423
VII. Ergebnis zur richtlinienkonformen Auslegung	431
E. Fazit zur Bindungswirkung	432
Kapitel 7: Umsetzung durch die Mitgliedstaaten	433
A. Bisherige Umsetzungsvorschläge	433
I. Umsetzung in Spanien	433
II. Vorschlag aus dem Gutachten für das BMWi	434
III. Gutachten von Thüsing/Flink/Jänsch	435
IV. Vorschlag aus dem Gutachten für das BMAS	435
V. Vorschlag von Hahn	436
VI. Umsetzungsvorschlag von Pingen	437
VII. Umsetzung in anderen deutschen Vorschriften	438
B. Bewertung der Vorschläge im Hinblick auf die EuGH-Vorgaben	439
I. Gegenstand der Zeiterfassung	440
II. Persönlicher Anwendungsbereich und Ausnahmeregelungen	440
III. Einführungs- oder Erfassungspflicht?	441
IV. Erfassung in einem objektiven und verlässlichen System	441
V. Zugänglichkeit	446
VI. Modalitäten der Zeiterfassung	446
VII. Fazit: Unzureichende Umsetzungsvorschläge	450
C. Eigener Umsetzungsvorschlag	451

Endergebnis	453
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	453
I. Status quo der Arbeitszeiterfassung in Deutschland	453
II. EuGH-Entscheidung und ihre Nachwirkungen	453
III. Entscheidungsinhalt und Umsetzungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten	454
IV. Rechtliche Wirkung des EuGH-Urteils und Umsetzungsbedarf	457
B. Abschließende Thesen	458
Literaturverzeichnis	461

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	29
A. Einführung	29
B. Gang der Untersuchung	31
C. Abgrenzung und Begrenzung des Themas	34
Kapitel 1: Arbeitszeiterfassung vor der EuGH-Entscheidung	39
A. Konzeption des Arbeitszeitrechts in Deutschland	39
I. Verschiedene Arbeitszeitbegriffe	39
1. Arbeitsvertragliche Arbeitszeit	39
2. Arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit	40
3. Mitbestimmungsrechtliche Arbeitszeit	41
4. Bedeutung der Differenzierung	41
II. Grundlagen öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschutzes	42
1. Rechtsgrundlagen	43
2. Höchstarbeitszeiten, Ruhezeiten und Ruhepausen	43
3. Behördliche Kontroll- und Sanktionsbefugnisse	44
4. Keine Dispositionsbefugnis der (Arbeits-)Vertragsparteien	45
B. Gesetzliche Regelungen zur Arbeitszeiterfassung in Deutschland	46
I. Allgemeine Vorschrift der Arbeitszeiterfassung, § 16 Abs. 2 ArbZG	47
1. Anwendungsbereich	47
2. Gegenstand der Arbeitszeiterfassung	48
a) Erfassung von Überstunden und Ausgleichszeiten?	48
b) Arbeitszeiten an Sonntagen und Feiertagen	50
c) Erfassung von Ruhepausen und Ruhezeiten	51
d) Geringfügige Arbeitszeitüberschreitungen	52
e) Zwischenergebnis zum Aufzeichnungsumfang nach § 16 Abs. 2 ArbZG	54
3. Form der Zeiterfassung	55
4. Delegation auf den Arbeitnehmer	56

II. Spezialvorschriften zur Arbeitszeiterfassung	57
1. Spezielle arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeiterfassungsvorschriften	57
a) Anwendungsbereich	57
b) Gegenstand der Zeiterfassung	58
c) Delegation der Zeiterfassung	59
d) Form der Zeiterfassung und Aufzeichnungsfristen	59
2. Mindestlohnschützende Arbeitszeiterfassungsvorschriften	60
a) Anwendungsbereich	60
b) Gegenstand der Zeiterfassung	61
c) Delegation der Zeiterfassung	62
d) Form und Zeitpunkt der Aufzeichnung	62
e) Zuständigkeit	63
III. Arbeitszeiterfassung auf Veranlassung des Betriebsrats	64
1. Kein Initiativrecht zur Einführung einer Zeiterfassung	64
2. Mittelbare Pflicht zur Zeiterfassung aufgrund von Informationsrechten	65
a) Die BAG-Entscheidung vom 06.05.2003	65
b) Folgen für die Zeiterfassung	67
aa) Anwendungsbereich	67
bb) Gegenstand und Umfang der Zeiterfassung	68
cc) Delegation	69
dd) Keine Formpflicht	69
3. Zwischenergebnis zur durch den Betriebsrat veranlassten Zeiterfassung	71
IV. Zeiterfassung auf Veranlassung der Aufsichtsbehörde	71
1. Keine mittelbare Pflicht wegen Einsichtsrechts, § 17 Abs. 4 S. 2 ArbZG	71
2. Mittelbare Pflicht wegen des Auskunftsrechts, § 17 Abs. 4 S. 1 ArbZG?	72
a) Inhalt von § 17 Abs. 4 S. 1 ArbZG	72
b) Keine mittelbare Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	74
c) Kein Widerspruch zur BAG-Rechtsprechung zu § 80 BetrVG	75
d) Zwischenergebnis zu § 17 Abs. 4 S. 1 ArbZG	77

3. Behördliche Anordnung der Zeiterfassung gemäß § 17 Abs. 2 ArbZG	77
a) Regelungsgegenstand von § 17 Abs. 2 ArbZG	77
b) Keine mittelbare Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	78
4. Zwischenergebnis zur behördlich veranlassten Zeiterfassung	79
V. Zivilrechtliche Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	79
VI. Zusammenfassung der Arbeitszeiterfassungsregelungen in Deutschland	82
C. Arbeitszeiterfassung in der Praxis	83
I. Überstunden in Deutschland	83
II. Praktische Verbreitung der Arbeitszeiterfassung	84
III. Verbreitung von behördlichen Arbeitszeitkontrollen	85
1. Verteilung nach Branchen	86
2. Kontrolldichte	87
3. Verstöße und Sanktionen	88
4. Fazit zur Bedeutung der Arbeitszeitkontrolle	89
Kapitel 2: EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „CCOO“	91
A. Gegenstand der Entscheidung	91
I. Sachverhalt	91
II. Schlussanträge des Generalanwalts	93
III. Entscheidungsgründe des EuGH	95
IV. Gemeinsamkeiten und Unterschiede mit den Schlussanträgen	97
1. Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	97
2. Erfassung in einem objektiven und verlässlichen System	98
3. Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten	99
4. Ausnahmen für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern	99
a) Rechtsgedanke des Art. 22 RL 2003/88/EG	100
b) Ausnahme für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern	100
5. Unmittelbare Wirkung von Art. 31 Abs. 2 GRCh	101
6. Zwischenergebnis	102
B. Reaktionen auf die Entscheidung	103
I. Von Arbeitnehmerseite	103

II. Von Arbeitgeberseite	104
III. Von Seiten der Bundesregierung	105
Kapitel 3: Anwendungsbereich und Umfang der Zeiterfassung	107
A. Auslegungsmaßstab	107
I. Grundsatz: Ausgehen vom Wortsinn	107
II. Systematik	107
III. Teleologische Auslegung	109
1. Zweck der Zeiterfassung ist Gesundheitsschutz	109
2. Praktikabilität als Grenze der Auslegung	111
3. Keine Berücksichtigung wirtschaftlicher Belange	112
IV. Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten als Grenze der Auslegung	113
B. Persönlicher Anwendungsbereich der Arbeitszeiterfassung	115
I. Arbeitnehmerbegriff	116
1. Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff	116
2. Ausnahme für Seeleute	118
3. Ausnahmen nach Art. 17–21 RL 2003/88/EG	118
4. Weitere Einschränkungen des Anwendungsbereiches durch den EuGH	119
a) Wortlaut der EuGH-Entscheidung	119
b) Ausnahmen für bestimmte Tätigkeitsbereiche von Arbeitnehmern	119
II. Verantwortlichkeit der Arbeitgeber und Arbeitgeberbegriff	121
1. Verantwortung für die Arbeitszeiterfassung	121
2. Arbeitgeberbegriff der RL 2003/88/EG	122
C. Sachlicher Anwendungsbereich (Arbeitszeitbegriff)	123
I. Arbeitszeitbegriff der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	123
II. Ausgewählte Problemfelder des Arbeitszeitbegriffs	124
III. Auswirkungen auf den vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff	127
1. Anpassung vergütungsrechtlicher Zeiterfassungssysteme	127
a) Grundlegender Umfang des Anpassungsbedarfs	127
b) Gemeinsamkeiten und Unterschiede verschiedener Arbeitszeiten	128
c) Zwischenergebnis	130

2. Bedeutung im Überstundenprozess	130
a) Begriff der Überstunde	131
b) Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess	132
c) Unmittelbare Bedeutung arbeitsschutzrechtlicher Aufzeichnungen	133
d) Mittelbare Bedeutung	133
aa) Mittelbare Berücksichtigung auf 1. Stufe	134
bb) Mittelbare Berücksichtigung auf 2. Stufe	136
cc) Einführung einer Beweislastumkehr?	137
dd) Zwischenergebnis	140
D. Umfang der Zeiterfassung	140
I. Erfassung von Zahl und Lage der Arbeitszeit	141
II. Arbeitszeit „erfassen“ oder „aufzeichnen“?	142
1. Wortlaut der EuGH-Entscheidung und Schlussanträge	142
2. Schutzzweck der Zeiterfassung	143
3. Anforderung eines „zugänglichen Systems“	145
4. Zwischenergebnis zur Aufzeichnungspflicht	145
E. Tatsächliche Zeiterfassungs- oder bloße Einführungspflicht	146
I. Wortlaut der EuGH-Entscheidung	146
1. Wortlaut in Rn. 60	146
2. Wortlaut in Rn. 50, 54 und 59	147
3. Wortlaut in Rn. 65	149
4. Zwischenergebnis zum Wortlaut	150
II. Systematischer Vergleich mit den Schlussanträgen	150
III. Teleologische Argumentation	151
1. Praktikabilität	151
2. Praktische Wirksamkeit der RL 2003/88/EG	153
IV. Dispositionsbefugnis über die Arbeitszeiterfassung	154
1. Wer ist bei der Arbeitszeiterfassung dispositionsbefugt?	154
2. Keine Dispositionsbefugnis über die Rechte der RL 2003/88/EG	155
V. Zwischenergebnis	158
Kapitel 4: „Objektives, verlässliches und zugängliches System“	159
A. „System“ der Zeiterfassung	159
I. Definitionsversuche in der Literatur	160
II. Ursprung des Begriffes „System“	160

III. Ausformung von „objektiv“, „verlässlich“ und „zugänglich“	161
IV. Zwischenergebnis	162
B. „Objektiv“ und „verlässlich“	162
I. Identische Auslegung?	163
1. Verwendung der Begrifflichkeiten in der EuGH-Entscheidung	164
2. Analyse der Literaturmeinungen	164
II. Exakte Zeiterfassung zur Beweissicherung	170
1. Erfassung der arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeit	172
a) Aushangpflicht nach § 16 Abs. 1 ArbZG unzureichend	173
b) Vorfestlegung arbeitsschutzrechtlicher Zeiträume	174
c) Berücksichtigung der Besonderheiten von Unternehmen	175
2. Erfassung in Stunden und Minuten	177
3. Umgang mit kurzen Unterbrechungen und Ausschluss von Rundungen und Schätzungen?	178
4. Zwischenergebnis zur exakten Arbeitszeiterfassung	183
III. Beweissicherung durch gegenseitige Kontrolle	183
1. Bedeutung nur für arbeitsgerichtliche Prozesse	184
2. Beweislastverteilung im arbeitsschutzrechtlichen Prozess ausreichend?	185
3. Pflicht zur Kontrolle	186
a) Ausgestaltung der Kontrollen	187
aa) Stichprobenartige Kontrolle oder gegenseitige Bestätigung?	188
(1) Intensität der Kontrollen	189
(2) Keine einseitige Zeiterfassung	190
(3) Systematische Erwägungen	191
(4) Beweiskraft bei gegenseitiger Bestätigung	192
(5) Zwischenergebnis	193
bb) Häufigkeit der Kontrollen	193
cc) Umfang der Kontrolle	194
dd) Streitfälle und Korrekturmöglichkeiten	196
b) Zwischenergebnis: Pflicht zu gegenseitiger Kontrolle und Bestätigung	198
IV. Manipulationssicherheit der Daten	199
1. Wortlaut und Zweck	199

2. Praktische Unmöglichkeit vollständiger Manipulationssicherheit	200
3. Begrenzung des Entscheidungsspielraums	203
4. Datenschutzrechtliche Einschränkungen	204
5. Manipulationssicher in Bezug auf die Änderbarkeit	205
6. Zwischenergebnis	206
V. Delegation der Arbeitszeiterfassung	207
1. Äußerung des EuGH	207
2. Zulässigkeit wegen des Entscheidungsspielraums der Mitgliedstaaten	211
3. Delegation bei „objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systemen“	212
a) Delegierte Zeiterfassung kein „objektives System“?	213
b) System bei Delegation nicht „zugänglich“?	214
4. Delegation praktisch notwendig	215
5. Systematik der Spezialnormen zur Arbeitszeiterfassung	217
6. Zwischenergebnis: Delegation möglich	218
VI. Zeitnahe Erfassung	219
1. Äußerungen des EuGH zum Zeitpunkt der Erfassung	219
2. Sofortige Zeiterfassung notwendig?	220
3. Zeitnahe Zeiterfassung ausreichend?	221
4. Zeitpunkt der Erfassung	221
a) Sofortige Erfassung als praktisch wirksamste Lösung	221
b) Aufzeichnungsfristen spezieller Zeiterfassungsvorschriften	223
c) Begrenzung der Formwahlfreiheit durch sofortige Zeiterfassung	225
d) Keine Notwendigkeit präventiven Arbeitszeitschutzes	226
VII. „Effektive“ Zeiterfassung	227
VIII. Erfassung frei von (faktischen) Zwängen	228
1. Ausgangspunkt: Verantwortung des Arbeitgebers	229
2. Kein Verantwortungsbereich des Arbeitgebers	230
3. Keine erhöhte Schutzbedürftigkeit betroffener Arbeitnehmer	231
4. Unbestimmtheit des faktischen Zwangs	232
5. Fehlender Zusammenhang zu den Anforderungen an die Zeiterfassung	234

6. Zwischenergebnis: Keine Pflicht zur Unterbindung faktischer Zwänge	235
IX. Faktischer Formzwang?	235
1. Vorgaben des EuGH und des Generalanwalts zur Form	236
2. Elektronische Zeiterfassung zwingend?	237
3. Manuelle Zeiterfassung ausreichend?	239
4. Handaufzeichnung als objektives, verlässliches und zugängliches System?	241
a) Vorgaben durch den EuGH	241
b) Systematische Auslegung des Unionsrechts	243
c) Manuelle Zeiterfassung weniger „objektiv und verlässlich“?	244
aa) Händische Erfassung nicht weniger „objektiv“	244
bb) Händische Erfassung nicht weniger „verlässlich“ oder „effizient“	246
d) Beweissicherungsfunktion	248
e) Händische Erfassung kein „zugängliches“ System?	248
f) Zusammenhang zur Delegation der Zeiterfassung	250
g) Praktische Notwendigkeit händischer Erfassung	250
h) Zwischenergebnis: Zulässigkeit manueller Zeiterfassung	253
X. Fehlerunanfälligkeit und Funktionsfähigkeit	253
XI. Zwischenergebnis	254
C. „Zugänglich“	256
I. Zugänglich im Sinne von jederzeitiger Verwendbarkeit	256
II. Zugänglich im Sinne von transparent und verständlich	258
III. Zugänglich im Sinne eines Zugriffsrechts	261
1. Wortlaut und Zweck	261
2. Empfänger der zugänglichen Arbeitszeitdaten	263
a) Zugänglichkeit für Aufsichtsbehörden	263
b) Zugänglichkeit für Arbeitnehmer	265
c) Zugänglichkeit für Betriebsräte	268
d) Zugänglichkeit für Arbeitgeber	268
e) Ausgestaltung als Auskunftsrecht	269
IV. Zwischenergebnis zur Zugänglichkeit	270
D. Zusammenfassung: „objektives, verlässliches und zugängliches System“	270

Kapitel 5: Ausnahmemöglichkeiten	273
A. Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Modalitäten („Wie“), Umsetzungspflicht hinsichtlich des „Ob“	273
I. Beschränkung auf die Modalitäten der Arbeitszeiterfassung	273
II. Umsetzungspflicht hinsichtlich des „Ob“	275
1. Mindeststandard der Zeiterfassung	275
2. Ausnahmen hinsichtlich des „Ob“ gemäß Art. 17 ff. RL 2003/88/EG	276
III. Zwischenergebnis	278
B. Ausnahmemöglichkeiten hinsichtlich der Modalitäten	278
I. Was sind „Modalitäten“ der Zeiterfassung?	278
II. Wahl der Form der Arbeitszeiterfassung	280
1. Was ist die „Form“ der Zeiterfassung?	280
2. Grenzen bei der Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten	281
a) Grenzen des „objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems“	282
b) Beschränkungen durch den Datenschutz	283
aa) Ermächtigungsgrundlage	283
bb) Verantwortlichkeit	284
cc) Grundsatz der Zweckbindung	285
dd) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – keine Totalüberwachung	287
3. Verschiedene Formen der Zeiterfassung	289
a) Rückkehr der Stechuhr?	289
b) Manuelle Zeiterfassung: Stundenzettel?	291
c) Beobachtungen durch Dritte	292
d) Arbeitszeitkonten	293
e) Zeiterfassungs-Apps	293
aa) Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorgaben	295
bb) Probleme bei Verwendung von Privatgeräten	296
cc) Zwischenergebnis	297
f) Datenschutzrechtlich unzulässige Zeiterfassungssysteme	298
aa) Keine generelle Unzulässigkeit	298
bb) Beispiele für unzulässige Systeme	299
(1) Zeiterfassung unter Erhebung biometrischer Daten	299

(2) Keylogger	302
(3) Aktivitätskontrollen	302
g) Zwischenergebnis zur Form	304
III. Berücksichtigung der Größe des Unternehmens	304
1. Zulässigkeit von Kleinunternehmerklauseln	304
2. Verbleibende Bedeutung für Ausnahmen wegen der Größe	308
IV. Berücksichtigung der Eigenheiten des Unternehmens	310
1. Remote-Tätigkeiten	310
2. Handwerksbetriebe	312
3. Fleischwirtschaft	312
4. Schulen, Hochschulen, Universitäten	313
C. Ausnahmenvorschriften der RL 2003/88/EG	314
I. Ausnahme für „autonome Arbeitnehmer“, Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG	314
1. Regelungsgehalt von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG	314
2. Anwendung bei der Arbeitszeiterfassung	316
3. Vollständiger Ausschluss möglich?	317
4. Ausnahmen für leitende Angestellte	319
a) Erfüllen der allgemeinen Voraussetzungen bei Regelbeispielen?	320
b) Anpassung des deutschen Rechts	322
c) Zwischenergebnis: Ausnahmen für leitende Angestellte erweitern	324
5. Vertrauensarbeitszeit	324
a) Möglichkeit der Vertrauensarbeitszeit nach der EuGH-Entscheidung	324
b) Ausnahmen nach Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG	328
c) Zwischenergebnis zur Vertrauensarbeitszeit	331
6. Spitzenverdiener	332
7. Rechtsanwälte	335
a) Arbeitszeitvorgaben für Rechtsanwälte unangemessen	336
b) Gesetzliche Pflichten zwingen zu Arbeitszeitverstößen	337
c) Regelungen bei vergleichbaren Berufsgruppen	339
d) Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Vorgaben	340

II. Ausnahmen für „freiwillige Arbeitnehmer“ nach Art. 22	
RL 2003/88/EG	342
1. Regelungsgehalt der Vorschrift	343
2. Übertragbarkeit auf die Arbeitszeiterfassung	344
a) Wirksamkeitsbedenken gegen Art. 22	
RL 2003/88/EG	344
b) Wortlaut	345
c) Andeutungen des EuGH	346
d) Sinn und Zweck der Arbeitszeiterfassung	347
3. Zwischenergebnis	349
III. Ausnahmen durch Tarifverträge	349
1. Regelungsgehalt	350
2. Übertragbarkeit auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	350
a) Vollständiger Ausschluss durch Tarifverträge	350
b) Regelung der Zeiterfassungsmodalitäten durch	
Tarifverträge	352
IV. Ausnahmen für mobile Arbeitnehmer nach Art. 20	
RL 2003/88/EG	353
1. Regelungsgehalt von Art. 20 RL 2003/88/EG	353
2. Übertragbarkeit auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	354
V. Ausnahmen für Arbeitnehmer seegängiger Fischerei nach	
Art. 21 RL 2003/88/EG	355
VI. Zwischenergebnis	356
 Kapitel 6: Bindungswirkung der EuGH-Entscheidung	359
A. Unionsrechtskonformität deutscher Zeiterfassungsvorschriften	359
I. § 16 Abs. 2 ArbZG	359
1. § 16 Abs. 2 ArbZG als geeigneter Regelungsort?	359
2. Unionsrechtskonforme Umsetzung	361
II. Spezielle Arbeitszeiterfassungsvorschriften	362
1. Mindestlohnschützende	
Arbeitszeiterfassungsvorschriften	362
2. Arbeitsschutzrechtliche Spezialvorschriften zur	
Arbeitszeiterfassung	363
a) Anwendungsbereich	363
b) Zulässigkeit von Ausnahmeregelungen nach der	
RL 2003/88/EG	364

c) Keine Umsetzung von „objektiv“, „verlässlich“ und „zugänglich“	365
III. § 80 Abs. 2 BetrVG und § 17 Abs. 4 ArbZG	365
1. Auskunftsrecht des Betriebsrats, § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG	365
a) Unzureichender persönlicher Anwendungsbereich	366
b) Unzureichender Umfang der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	367
c) Keine Vorgaben zur Form	368
d) Zwischenergebnis zur Konformität von § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG	368
2. Auskunftsverlangen durch die Aufsichtsbehörde, § 17 Abs. 4 ArbZG	369
IV. § 17 Abs. 2 ArbZG	371
V. Zwischenergebnis zur Umsetzungspflicht	373
B. Unmittelbare Wirkung von Art. 31 Abs. 2 GRCh	374
I. Bisherige EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit	374
1. Allgemeine Kritik an der unmittelbaren Wirksamkeit	375
2. Unmittelbare Wirkung ist kein ultra-vires-Akt	377
II. Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung	377
1. Übertragbarkeit auf das Arbeitszeitrecht	378
2. Übertragbarkeit auf die Arbeitszeiterfassung	379
III. EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitszeiterfassung	381
IV. Entscheidung zur unmittelbaren Wirkung bewusst offengelassen?	383
1. Bewusstes Offenlassen	383
2. Kein Anlass aufgrund der Vorlagefrage	385
3. Zwischenergebnis zum Schweigen des EuGH	387
V. Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten	387
VI. Nichtanwendung unionsrechtswidriger Vorschriften	389
VII. Ergebnis: Keine unmittelbare Wirkung bei der Arbeitszeiterfassung	390
C. Unmittelbare Anwendbarkeit der RL 2003/88/EG	390
I. Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien?	391

II. Unmittelbare Wirkung hinsichtlich der Arbeitszeiterfassung	392
1. Unzureichender Adressatenkreis bei der unmittelbaren Wirkung	392
2. Unvollständige Umsetzung innerhalb der Umsetzungsfrist	393
3. Hinreichend genau formulierte Richtlinienbestimmung	394
4. Zwischenergebnis	397
D. Richtlinienkonforme Auslegung	398
I. Voraussetzungen und Maßstab richtlinienkonformer Auslegung	399
II. Richtlinienkonforme Auslegung von § 16 Abs. 2 ArbZG?	401
1. Auslegungsergebnis durch den EuGH vorgegeben?	402
2. Wortlautauslegung	403
3. Systematische Auslegung	407
4. Wille des Gesetzgebers	408
5. Teleologische Auslegung	410
6. Praktische Unmöglichkeit?	411
7. Fazit: Keine richtlinienkonforme Auslegung von § 16 Abs. 2 ArbZG	411
III. Keine Richtlinienkonforme Auslegung von § 80 Abs. 2 BetrVG	412
IV. Richtlinienkonforme Auslegung von § 17 Abs. 2 und 4 ArbZG?	414
1. Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu § 80 Abs. 2 BetrVG	414
2. Anwendungsbereich	415
3. Fehlende praktische Wirksamkeit	416
4. Umfang von § 17 Abs. 4 ArbZG	418
5. Ergebnis: Keine richtlinienkonforme Auslegung von § 17 ArbZG	419
V. Richtlinienkonforme Auslegung von § 618 BGB	419
1. Anwendungsbereich von § 618 BGB	419
2. Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Anforderungen	420
a) Unterschiedliche Regelungen für verschiedene Betriebe	420
b) Inkohärenz zum öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschutz	421

c) Keine Sanktionsmöglichkeiten	421
d) Fehlende praktische Wirksamkeit	422
e) Zwischenergebnis	423
VI. Richtlinienkonforme Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG?	423
1. Inhalt der BAG-Entscheidung	424
2. Richtlinienkonforme Auslegung	427
a) Wortlaut von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG	428
b) Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Modalitäten	428
c) Systematik von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG	429
d) Praktische Wirksamkeit?	430
e) Zwischenergebnis	431
VII. Ergebnis zur richtlinienkonformen Auslegung	431
E. Fazit zur Bindungswirkung	432
Kapitel 7: Umsetzung durch die Mitgliedstaaten	433
A. Bisherige Umsetzungsvorschläge	433
I. Umsetzung in Spanien	433
II. Vorschlag aus dem Gutachten für das BMWi	434
III. Gutachten von Thüsing/Flink/Jänsch	435
IV. Vorschlag aus dem Gutachten für das BMAS	435
V. Vorschlag von Hahn	436
VI. Umsetzungsvorschlag von Pingen	437
VII. Umsetzung in anderen deutschen Vorschriften	438
B. Bewertung der Vorschläge im Hinblick auf die EuGH-Vorgaben	439
I. Gegenstand der Zeiterfassung	440
II. Persönlicher Anwendungsbereich und Ausnahmeregelungen	440
III. Einführungs- oder Erfassungspflicht?	441
IV. Erfassung in einem objektiven und verlässlichen System	441
1. Bloße Übernahme unbestimmter Rechtsbegriffe	441
2. Exakte Arbeitszeiterfassung	442
3. Delegation auf Arbeitnehmer	444
4. Gegenseitige Bestätigung und Kontrolle	445
V. Zugänglichkeit	446
VI. Modalitäten der Zeiterfassung	446
1. Keine Schwellenwertklausel	446

2. Regelungen zur Form	447
3. Aufzeichnungs- und Aufbewahrungsfristen	447
4. Sanktionsmöglichkeiten	449
5. Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten und Unternehmen	449
VII. Fazit: Unzureichende Umsetzungsvorschläge	450
C. Eigener Umsetzungsvorschlag	451
Endergebnis	453
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	453
I. Status quo der Arbeitszeiterfassung in Deutschland	453
II. EuGH-Entscheidung und ihre Nachwirkungen	453
III. Entscheidungsinhalt und Umsetzungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten	454
IV. Rechtliche Wirkung des EuGH-Urteils und Umsetzungsbedarf	457
B. Abschließende Thesen	458
Literaturverzeichnis	461

Einleitung

A. Einführung

„Dieser Richterspruch könnte die Axt anlegen an alles, was wir mit Vertrauensarbeitszeit, mit dem Entkoppeln von starren Arbeitszeiten bisher erreicht haben.“¹ Mit diesen drastischen Worten kommentierte der Vizepräsident des Bundesverbandes der Arbeitsrechtler in Unternehmen (BVAU), Rupert Felder, eine aufsehenerregende Entscheidung des EuGH vom 14. Mai 2019 in der Rechtssache „CCOO“² (Comisiones Obreras). Dort leitet der EuGH erstmals aus der Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG) und der Art. 31 Abs. 2 GRCh eine Pflicht der Mitgliedstaaten her, die Arbeitgeber zur Erfassung der gesamten täglichen Arbeitszeit von jedem Arbeitnehmer³ in einem „objektiven, verlässlichen und zugänglichen System“ zu verpflichten.⁴

Obwohl die Pflicht, Arbeitszeiten aufzuzeichnen, dem deutschen Recht nicht neu ist, haben die bestehenden Aufzeichnungsvorschriften in Deutschland – allen voran § 16 Abs. 2 ArbZG – in der gerichtlichen und unternehmerischen Praxis bislang nahezu keine Rolle gespielt. Wenn überhaupt dann wurden Arbeitszeiten in den Unternehmen rein praktisch allein deshalb erfasst, weil man Arbeitszeiten vergüten und Arbeitszeitkonten führen wollte.⁵ Beim Gesetzgeber galt zudem der Grundsatz, „unnötige[n] Aufwand“, den man allgemein mit der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung assoziierte, weitestgehend zu vermeiden.⁶ Auch bei den Kontrollbehörden stand die Arbeitszeiterfassung nicht besonders hoch auf der Prioritätenliste: Im Jahr 2018 wurden in den Bundesländern lediglich zwischen 0,3 und 3,17 % aller Unternehmen auf Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz überprüft.⁷ Man könnte also guten Gewissens behaupten, die gesetzlichen Pflichten zur Arbeitszeiterfassung haben in Deutschland niemanden interessiert.

1 Haas, welt.de v. 14.05.2019.

2 EuGH v. 14.05.2019 – C-55/18 „CCOO“, alle Gerichtsentscheidungen sind zitiert nach juris.

3 Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung wird ausschließlich die männliche Form verwendet. Sie steht stellvertretend für alle Geschlechter (m/w/d).

4 EuGH v. 14.05.2019 – C-55/18 „CCOO“ Rn. 60.

5 Ziele und Zwecke der Arbeitszeiterfassung bei Böker, Zeiterfassungssysteme, S. 15.

6 Vgl. BT-Drs. 12/5888, S. 31.

7 BT-Drs. 19/11376, S. 3.

Das hat die EuGH-Entscheidung „CCOO“ – wie das Eingangszitat verdeutlicht – auf drastische Art und Weise geändert. Die Kontrolle der Arbeitszeit kann sowohl im Interesse der Arbeitnehmer als auch des Arbeitgebers sein.⁸ Die Entscheidung betrifft somit grundsätzlich alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Mit der Entscheidung waren und sind aber zahlreiche ungeklärte Rechtsfragen verbunden. Die Entscheidung in der Rechtssache „CCOO“ gehört daher sicherlich zu den bedeutendsten – jedenfalls zu den am häufigsten rezierten⁹ – arbeitsrechtlichen Entscheidungen der vergangenen Jahre. Auch die Bundesregierung hat sich sogleich zu Wort gemeldet. Ihre Reaktion war jedoch uneinheitlich:¹⁰ Während der Bundesarbeitsminister, Hubertus Heil, bereits am Tag der Entscheidung verkündete, man werde bis Ende des Jahres mit Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden sprechen und die Umsetzungsmöglichkeiten klären,¹¹ meinte der Bundeswirtschaftsminister, Peter Altmaier, man werde das Urteil zunächst nicht umsetzen.¹² Entsprechend groß war die anfängliche Unsicherheit. Seither avanciert das Thema der Arbeitszeiterfassung zum „Dauerthema“¹³ nicht nur des Gesetzgebers, sondern insbesondere auch in der Literatur. So sind auf Veranlassung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) zwei Gutachten zu den Folgen dieser Entscheidung erstellt worden.¹⁴ Ein weiteres in diesem Zuge erstelltes Rechtsgutachten ist fremdveröffentlicht worden.¹⁵ Daneben hat das Hugo-Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI) ein umfangreiches Rechtsgutachten zu dieser Entscheidung in seine Schriftenreihe aufgenommen.¹⁶ Viele Kommentare zum ArbZG haben die Entscheidung zum Anlass genommen, eine Neuauflage zu veröffentlichen und hierbei insbesondere die Arbeitszeiterfassung aufzugreifen.¹⁷ Hinzukommen zahlreiche – teils sehr umfangreiche – Aufsätze,

8 Gola, PinG 2021, 99; ähnlich Riegel, RdA 2021, 152, 156.

9 Allein bei juris werden hierzu über 80 Entscheidungsbesprechungen und Aufsätze zitiert.

10 Hoffmann C., RiA 2019, 213, 218.

11 Heil, Interview Tagesthemen v. 14.05.2019.

12 DPA, faz.net v. 21.05.2019.

13 Richnow/Hördt, ArbRAktuell 2021, 8.

14 Bayreuther, NZA 2020, 1; Rieble/Vielmeier, Gutachten BMWi 2019.

15 Thüsing/Flink/Jänsch, ZfA 2019, 456.

16 Ulber, Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung.

17 Anzinger/Koberski, ArbZG, § 16 Rn. 15a ff.; Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, § 16 Rn. 21 ff.; Buschmann/Ulber J., ArbZG, § 16 Rn. 13a ff.; ErfK/Roloff, § 16 ArbZG

die das Thema Arbeitszeiterfassung betreffen.¹⁸ Schließlich ist hierzu im Dezember 2019 eine Dissertation erschienen.¹⁹ Gleichwohl gibt trotz der prompten Reaktion der Bundesregierung nach wie vor keine allgemeine Gesetzesumsetzung²⁰ und kaum arbeitsgerichtliche Entscheidungen.²¹ Das ist vor dem Hintergrund der bestehenden Uneinigkeit zwar „*verständlich, aber misslich*.“²² Angesichts eines entsprechenden Gutachtens von *Hanau* stellte sich das Kabinett Merkel IV sogar auf den Standpunkt, die Entscheidung bedürfe keiner Umsetzung.²³

Die Aktualität der Entscheidung, ihre Bedeutung für Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen sowie die damit verbundenen offenen Rechtsfragen sind genügend Gründe, um sie hinsichtlich des daraus resultierenden Änderungsbedarfes und der Änderungsmöglichkeiten im deutschen Arbeitszeitrecht zu untersuchen.²⁴

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit soll in erster Linie folgenden Fragen nachgehen:

- *Was galt vor der EuGH-Entscheidung?* Hier wird der status quo in Deutschland vor der Entscheidung dargestellt.²⁵ Dieser Abschnitt soll ein besseres Verständnis von den verschiedenen Arbeitszeitbegriffen,²⁶

Rn. 5 ff.; EuArbR/*Gallner*, Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 1 ff.; *Schliemann*, ArbZG, § 16 Rn. 6.

18 *Hanau*, ZfA 2020, 129–141; *Happ*, jurisPR-Compl. 3/2019, Anm. 2, S. 1–9; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270–280; *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365–372; *Krause*, NZA-Beil. 2/2019, 86–95; *Latzel*, EuZA 2019, 469–481; *Will*, ZEuS 2020, 159–193.

19 *Pingen*, Arbeitszeiterfassung, S. 133 ff.

20 *Bernhardt/Thüsing/Voelzke u.a.*, jM 2020, 46, 47: „Passiert ist leider noch nichts“; *Gola*, PinG 2021, 99, 101: „Vollzug können die Koalitionäre bis dato nicht melden“; *Meler*, SPA 2019, 185: „Ambitionen [...] noch überschaubar“; *Unger-Hellmich/Schütz*, AuA 2021, 18, 20; vgl. *Richnow/Hördt*, ArbRAktuell 2021, 148, 149.

21 Zuletzt aber BAG v. 13.09.2022 – 1 ABR 22/21; sonst im Wesentlichen nur LAG Niedersachsen v. 06.05.2021 – 5 Sa 1292/20; ArbG Emden v. 24.09.2020 – 2 Ca 144/20; ArbG Emden v. 20.02.2020 – 2 Ca 94/19; andeutungsweise LAG Berlin-Brandenburg v. 04.06.2020 – 10 Sa 2130/19; BAG v. 26.06.2019 – 5 AZR 452/18.

22 *Giesen*, DB 2020, Heft 20, M 18; anders *Riegel*, RdA 2021, 152, 153: „überraschend“.

23 Vgl. *Richnow/Hördt*, ArbRAktuell 2021, 148, 149.

24 Ähnlich auch *Steinfeld*, VersW 2020, 105.

25 Kap. 1.

26 Kap. I. A. I.

der allgemeinen Konzeption des Arbeitszeitrechts,²⁷ den in Deutschland geltenden Normen und deren Auslegung von Literatur, Rechtsprechung und Behörden²⁸ vermitteln.

- *Was sagt der EuGH?* Von besonderem Interesse ist der Inhalt der EuGH-Entscheidung zur Arbeitszeiterfassung, der im folgenden Abschnitt zusammengefasst wird.²⁹ Dabei erfolgt auch eine Darstellung und ein Vergleich zu den Schlussanträgen des Generalanwalts,³⁰ da diese für die Auslegung der EuGH-Entscheidung ebenfalls unerlässlich sind.
- *Wer wird durch die EuGH-Entscheidung gebunden?* Anschließend erfolgt eine umfangreiche Analyse der Entscheidung im Hinblick auf die Umsetzungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten.³¹ Die Untersuchung beginnt mit allgemeinen Pflichten zum personellen Anwendungsbereich.³²
- *Wie muss die Arbeitszeit erfasst werden?* An die Untersuchung zum persönlichen schließt sich eine Untersuchung des sachlichen Anwendungsbereiches an.³³ Ein Schwerpunkt liegt dort bei Spezialfragen, z.B. ob die Arbeitszeit aufgezeichnet oder nur gemessen werden muss³⁴ und ob das bloße Bereitstellen eines Zeiterfassungssystems ausreichend ist.³⁵ Der Hauptschwerpunkt der Arbeit liegt dann aber bei der Analyse der Aussage des EuGH, die Arbeitszeit müsse in einem „objektiven, verlässlichen und zugänglichen System“ erfasst werden.³⁶ Zunächst werden dazu neben dem Begriff des Systems³⁷ die bisherigen Literaturansichten zum „objektiven und verlässlichen“ System dargestellt,³⁸ die anschließend im Hinblick auf ihren konkreten Inhalt umfangreich analysiert werden.³⁹ Zum Abschluss folgt eine Analyse der konkreten Anforderungen eines „zugänglichen“ Systems.⁴⁰

27 Kap. 1 A. II.

28 Kap. 1 B.

29 Kap. 2 A. I. und III.

30 Kap. 2 A. II. und IV.

31 Kap. 3 bis Kap. 5.

32 Kap. 3 B.

33 Kap. 3 C. und D. I.

34 Kap. 3 D. II.

35 Kap. 3 E.

36 Kap. 4.

37 Kap. 4 A.

38 Kap. 4 B. I.

39 Kap. 4 B. II. bis X.

40 Kap. 4 C.

- *Welche Ausnahmen sind möglich?* Der nächste Abschnitt widmet sich möglichen Ausnahmen und Abweichungen.⁴¹ Eingangs werden der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten konkretisiert⁴² und die konkreten Regelungsmöglichkeiten der Arbeitszeiterfassung dargestellt.⁴³ Dann befasst sich die Untersuchung mit möglichen Ausnahmenvorschriften aus der RL 2003/88/EG.⁴⁴ Von besonderem – nicht ganz uneigennützigem – Interesse ist dabei die Frage der Ausnahmen für Rechtsanwälte⁴⁵ und – damit beschäftigt sich die Literatur – bei der Vertrauensarbeitszeit.⁴⁶
- *Wie muss die EuGH-Entscheidung umgesetzt werden?* Die letzten beiden Kapitel haben die Umsetzungspflichten und -möglichkeiten der Mitgliedstaaten zum Gegenstand. Der Abschnitt zu den Umsetzungspflichten⁴⁷ ist dreigeteilt: Zunächst wird untersucht, inwieweit schon die bisherigen Arbeitszeitvorschriften in Deutschland den zuvor herausgearbeiteten Pflichten genügen.⁴⁸ Dann erfolgt eine Prüfung der unmittelbaren Wirkung der Arbeitszeiterfassungspflicht aus der GRCh⁴⁹ und zuletzt aus der RL 2003/88/EG selbst.⁵⁰ Der letzte große Abschnitt behandelt dann die bisherigen Umsetzungsvorschläge in der Literatur.⁵¹ Diese werden zunächst in ihrem Wortlaut dargestellt⁵² und anschließend auf ihre Übereinstimmung mit einigen wesentlichen Umsetzungspflichten (und auch Umsetzungsmöglichkeiten) bei der Arbeitszeiterfassung untersucht.⁵³ Das Kapitel endet mit einem eigenen Umsetzungsvorschlag.⁵⁴
- *Was folgt aus der Untersuchung?* Die Untersuchung endet mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse,⁵⁵ die in einigen wenigen Thesen zusammengefasst werden.⁵⁶

41 Kap. 5.

42 Kap. 5 A. und B. I.

43 Kap. 5 B. I bis IV.

44 Kap. 5 C. I. bis V.

45 Kap. 5 C. I. 7.

46 Kap. 5 C. I. 5.

47 Kap. 6.

48 Kap. 6. A. I. bis IV.

49 Kap. 6 B. II. bis VI.

50 Kap. 6 C. und D. I bis V.

51 Kap. 7

52 Kap. 7 A. I. bis VII.

53 Kap. 7 B. I. bis VI.

54 Kap. 7 C.

55 „Endergebnis“ unter A.

56 „Endergebnis“ unter B.

C. Abgrenzung und Begrenzung des Themas

Wie gezeigt worden ist, gehört die EuGH-Entscheidung „CCOO“ zu den am häufigsten rezipierten Entscheidungen der vergangenen Jahre.⁵⁷ Angesichts dieser umfangreichen Rezeption ist eine Abgrenzung der vorliegenden Arbeit geboten. Von den vorbenannten Veröffentlichungen unterscheidet sie sich dabei insbesondere durch folgende Schwerpunkte:

- Zunächst einmal fasst die vorliegende Arbeit Literatur und Rechtsprechung zur Arbeitszeiterfassung zusammen und bietet damit einen umfangreichen Gesamtüberblick über den aktuellen Stand der Diskussion rund um die Arbeitszeiterfassung und deren Umsetzung in Deutschland.
- Während sich die bisherige Literatur bei dem Status quo der Arbeitszeiterfassung in Deutschland meist auf die Benennung weniger Vorschriften beschränkt, arbeitete die vorliegende Arbeit den aktuellen Stand der Arbeitszeiterfassungspflichten umfassend auf. Es werden die gängigsten Vorschriften zur Arbeitszeiterfassung aufgegriffen und hinsichtlich ihres Inhalts und Anwendungsbereichs untersucht.⁵⁸ Damit bietet die vorliegende Arbeit ein Gerüst für die anschließende Analyse der EuGH-Entscheidung und liefert die entscheidenden Informationen, um den Umsetzungsbedarf der unionsrechtlichen Vorgaben in Deutschland zu beurteilen.
- In der Literatur findet man bislang nur vereinzelt Ausführungen dazu, ob die Arbeitgeber auf Grundlage der EuGH-Entscheidung dazu verpflichtet sind, die Arbeitszeit tatsächlich zu erfassen oder ob lediglich das Bereitstellen eines Zeiterfassungssystems, das die Arbeitnehmer nach Belieben verwenden können, ausreichend ist.⁵⁹ Diese Frage wird unter Bezug auf die EuGH-Rechtsprechung und die Literatur umfangreich aufgearbeitet und abschließend beantwortet.⁶⁰
- Ebenso wenig hat sich die Literatur bislang mit einer von *Hanau* geäußerten Rechtsansicht auseinandergesetzt, wonach es nach der EuGH-Entscheidung ausreichend sei, wenn die Arbeitszeit lediglich „gemessen“,

57 Siehe Einl. unter A.

58 Kap. I B. I. bis V.

59 Siehe etwa *Marquardt*, ArbRB 2019, 162, 163; *Hanau*, ZfA 2020, 129, 132; *ZDH*, Schriftliche Stellungnahme, S. 3; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456, 468 ff.; vgl. auch *Junker*, RIW 2020, 1, 9.

60 Hierzu unter Kap. 3 E.

aber nicht „aufgezeichnet“ werde.⁶¹ Die in dieser Arbeit durchgeführte Analyse der EuGH-Entscheidung bietet eine geeignete Grundlage, um auch dieser Frage näher nachzugehen und zu einer abschließenden Antwort zu gelangen.⁶²

- Der EuGH verpflichtet die Mitgliedstaaten, ihre Arbeitgeber zur Einführung eines „objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems“ zu verpflichten.⁶³ In der Analyse dieser – zentralen – Forderung des EuGH liegt der Hauptschwerpunkt dieser Arbeit.⁶⁴ Eine Analyse dieser (unbestimmten) Rechtsbegriffe haben zwar auch bereits andere Arbeiten vorgenommen.⁶⁵ Die vorliegende Arbeit geht aber sowohl in der Vorgehensweise als auch in ihrer inhaltlichen Tiefe über die bisherigen Untersuchungen weit hinaus: Zunächst werden sämtliche zur Bedeutung der Rechtsbegriffe vertretenen Rechtsansichten – in dieser Übersicht einmalig – in einer Tabelle miteinander verglichen. Dadurch wird die Definition der unbestimmten Rechtsbegriffe nicht – wie bisher – nur isoliert entwickelt, sondern anhand der hierzu vertretenen Ansichten konkret herausgearbeitet. Anschließend sollen all diese Rechtsansichten auf ihre Plausibilität und Vereinbarkeit mit der EuGH-Entscheidung und den nationalen Vorgaben hin untersucht werden.
- Ein weiterer Schwerpunkt liegt in der umfangreichen Analyse der Umsetzungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten in Bezug auf Modalitäten und Ausnahmen.⁶⁶ Die bisherigen Untersuchungen sind hierzu sehr knapp.⁶⁷ Ein neuer Ansatz der vorliegenden Arbeit besteht insbesondere in der Herausarbeitung der konkreten Voraussetzungen, welche eine Ausnahmenvorschrift mitbringen muss, um eine vollständige Ausnahme von Zeiterfassungspflicht zu rechtfertigen.⁶⁸ Überdies wird auch umfangreicher als bisher herausgearbeitet, in Bezug auf welche Modalitäten ein Umset-

61 Hanau, ZfA 2020, 129, 131 f.

62 Kap. 3 D. II.

63 EuGH v. 14.05.2019 – C-55/18 „CCOO“ Rn. 60.

64 Analyse in Kap. 4.

65 Z.B. Grimm/Freh, ArbRB 2019, 278, 280; Klein/Leist, ZESAR 2019, 365, 367 f.; Latzel, EuZA 2019, 469, 478 f.; Lörcher, AuR 2019, 418, 419; Thüsing/Flink/Jänsch, ZfA 2019, 456, 465 ff.; Ulber, Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung, S. 36 ff.; Will, ZEuS 2020, 159, 175 ff.; nur ansatzweise Pinggen, Arbeitszeiterfassung, S. 143 ff.

66 Kap. 5 B. und C.

67 Vgl. Bayreuther, NZA 2020, 1, 8; Ulber, Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung, S. 50 ff.; Will, ZEuS 2020, 159, 182 ff.

68 Ähnlich bislang nur Hanau, ZfA 2020, 129, 133; Klein/Leist, ZESAR 2019, 365, 369; vgl. auch Haidn, GuP 2019, 136, 139.

zungsspielraum in Betracht kommt.⁶⁹ Eine abschließende Aufzählung aller denkbaren Modalitäten bietet freilich auch diese Arbeit nicht.

- Zwar haben sich nahezu alle Aufsätze und Kommentierungen der EuGH-Entscheidung auch mit der Frage befasst, ob schon jetzt für die Arbeitgeber eine (unmittelbare) Umsetzungspflicht besteht.⁷⁰ Insbesondere eine Umsetzung durch mittelbare Zeiterfassungsvorschriften (insbesondere § 80 Abs. 2 BetrVG, §§ 17 Abs. 2 und 4 ArbZG sowie § 618 BGB) wurde bislang aber kaum oder nur recht oberflächlich untersucht.⁷¹ Hier geht die vorliegende Arbeit inhaltlich tiefer als bisher.⁷² Dasselbe gilt in Bezug auf die Frage der richtlinienkonformen Auslegung dieser Vorschriften, die sich bislang hauptsächlich auf § 16 Abs. 2 ArbZG beschränkte.
- Abschließend werden die bislang in der Literatur konkret gemachten Umsetzungsvorschläge auf ihre Vereinbarkeit mit den in der Analyse getroffenen Umsetzungsmöglichkeiten untersucht.⁷³ Auch hierbei handelt es sich um eine in der Literatur bislang einmalige Untersuchung.⁷⁴

Sofern Fragen des Datenschutzes für die Zulässigkeit bestimmter Formen von Zeiterfassungssystemen von Bedeutung sind, sollen sie kurz behandelt werden. Der Schwerpunkt liegt insoweit aber nicht bei datenschutzrechtlichen Aspekten (insbesondere unter Kap. 5 B. II. 2. b)). Die Arbeit beantwortet daher nicht, inwiefern ein Zeiterfassungssystem zu einer vollständigen Überwachung des Arbeitnehmers führen kann und inwieweit das datenschutzrechtlich zulässig ist. Auch die Literatur hat darauf bislang erkennbar keinen Fokus gelegt.⁷⁵

69 Kap. 5 B. I.

70 Statt aller *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456, 476 ff.; *Ulber*, Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung, S. 62 ff.; *Will*, ZEuS 2020, 159, 169 ff.

71 Zu § 17 ArbZG: *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG, § 16 Rn. 24; *Kock*, BeckOK ArbR, § 16 ArbZG Rn. 4b; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 274, 276; *Klein*, Schriftliche Stellungnahme, S. 5 f.; *Lunk*, AnwBl. 2020, S. 220; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456, 478 f.; *Will*, ZEuS 2020, 159, 173 f.; zu § 80 BetrVG: *Bayreuther*, NZA 2020, 1, 5; *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365, 371 f.; *Rieble/Vielmeier*, Gutachten BMWi 2019, Rn. 54; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456, 478 f.; zu § 618 BGB: *Bayreuther*, NZA 2020, 1, 4; *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365, 371.

72 Vgl. Kap. 1 B. III. bis V.; Kap. 6 A. III. und IV. sowie D. III. bis V.

73 Kap. 7 A. und B.

74 Andeutungsweise nur *Hahn R.*, ZESAR 2020, 368 ff.

75 Vgl. etwa *Bayreuther*, NZA 2020, 1, 6; *Ginal/Tribess*, GWR 2019, 317, 319; *Happ*, jurisPR-Compl. 3/2019, Anm. 2, S. 8 f.; *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365, 368; mit Schwerpunkt auf dem Datenschutz aber *Brors*, NZA 2020, 1685, 1687 ff.

Nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist die Frage, welche Gestaltungsspielräume sich in Bezug auf den Arbeitszeitbegriff ergeben und inwieweit die deutschen Regelungen hinter diesen Möglichkeiten zurückbleiben oder sogar gegen Unionsrecht verstoßen. Dazu gibt es bereits sehr fundierte Untersuchungen, und zwar sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene.⁷⁶ Nicht zuletzt setzt bspw. auch die bereits zur Arbeitszeiterfassung erschienene Dissertation einen Schwerpunkt auf den Arbeitszeitbegriff.⁷⁷

76 Z.B. *Europäische Kommission*, COM (2017) 254; *Preis*, VSSAR 2019, 267 ff.; *Preis/Sagan/Ulber*, § 7 Rn. 7.338 ff.; so wie hier auch *Rieble/Vielmeier*, Gutachten BMWi 2019, Rn. 70.

77 *Pingen*, Arbeitszeiterfassung, S. 45 ff.

Kapitel 1: Arbeitszeiterfassung vor der EuGH-Entscheidung

Um die Bedeutung und den Änderungsbedarf der EuGH-Entscheidung „CCOO“⁷⁸ besser zu verstehen, muss diese nach europäischen Grundsätzen getroffene Entscheidung in jedem Fall in den nationalen Regelungszusammenhang eingeordnet werden.

A. Konzeption des Arbeitszeitrechts in Deutschland

Die Regelungen zur Arbeitszeiterfassung und deren Problemfelder kann deshalb nur verstehen, wer die grundsätzliche Konzeption des Arbeitszeitrechts und deren Regelungsmechanismen kennt.⁷⁹

I. Verschiedene Arbeitszeitbegriffe

Im (deutschen) Arbeitszeitrecht gilt der Grundsatz: *„Arbeitszeit ist nicht gleich Arbeitszeit“*.⁸⁰ Man unterscheidet zwischen der arbeitsvertraglichen, der arbeitsschutzrechtlichen und der mitbestimmungsrechtlichen Arbeitszeit.⁸¹

1. Arbeitsvertragliche Arbeitszeit

Die arbeitsvertragliche Arbeitszeit bestimmt die Zeit, die der Arbeitnehmer im Einzelfall vertraglich arbeiten muss. Zugleich ist die arbeitsvertragliche Arbeitszeit der Maßstab dafür, welche Arbeitszeit vom Arbeitgeber zu vergüten ist.⁸² Man spricht insoweit auch von der *„vergütungspflichtigen*

78 EuGH v. 14.05.2019 – C-55/18 „CCOO“.

79 Vgl. etwa Lunk, AnwBl. 2020, S. 216.

80 Staack/Sprachholz, AiB 2013, 99; vgl. Felsiak/Schmid, BC 2019, 271, 273; Wank, RdA 2014, 285, 286.

81 EuArbR/Gallner, Art. 2 RL 2003/88/EG Rn. 3; Grobys/Panzer-Heemeier/Ünsal, Arbeitszeit, Rn. 1; Wank, RdA 2014, 285.

82 ErfK/Roloff, § 2 ArbZG Rn. 8.

Arbeitszeit“.⁸³ Sie ist gesetzlich nicht geregelt. Man knüpft stattdessen an die „*Leistung der versprochenen Dienste*“ nach § 611 Abs.1 BGB (mittlerweile § 611a BGB) i.V.m. dem Arbeitsvertrag an.⁸⁴ Zu den „*versprochenen Diensten*“ zählen nach der Rechtsprechung des BAG nicht nur Zeiten, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise deren Erledigung unmittelbar zusammenhängen. „Arbeit“ ist vielmehr jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient.⁸⁵ Insoweit unterliegt die arbeitsvertragliche Arbeitszeit in gewissen Grenzen dem Weisungsrecht des Arbeitgebers, weil dieses bestimmt, ob eine Tätigkeit als eigen- oder fremdnützig anzusehen ist.⁸⁶ Mit der Zuordnung der Arbeitszeit ist dann aber noch keine Aussage über deren Vergütung getroffen. Insofern sind im Rahmen gesetzlicher Grenzen – insbesondere des Anspruchs auf Mindestlohn gemäß § 1 Abs.1 MiLoG – kollektiv- oder individualrechtlich abweichende Vereinbarungen möglich.⁸⁷

2. Arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit

Während es im individualvertraglich vereinbarten Arbeitszeitrecht um die Frage geht, wie lange der Arbeitnehmer arbeiten muss und welche Vergütung er dafür erhält, regelt die arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit i.S.d. ArbZG die Frage, wie lange der Arbeitgeber den Arbeitnehmer arbeiten lassen darf.⁸⁸ Das arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeitrecht ist eine Spezialmaterie des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes.⁸⁹ Man spricht daher auch vom „*öffentlichen Arbeitszeitrecht*“.⁹⁰

Als öffentliches Recht unterliegt die Einhaltung der Vorschriften der Aufsicht von Ordnungsbehörden (§ 17 ArbZG). Verstöße können straf- und bußgeldbewährt sein (§§ 22 f. ArbZG). Im Übrigen setzt das ArbZG im Kern die RL 2003/88/EG um. Es ist damit vorwiegend europarechtlich geprägt.⁹¹ Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG enthält dementsprechend einen au-

83 Merath, GWR 2020, 298.

84 Siehe näher bei Hördt, ArbRAktuell 2019, 55, 56.

85 St. Rspr. BAG v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, Rn. 13; BAG v. 25.04.2018 – 5 AZR 424/17, Rn. 17.

86 ErfK/Roloff, § 2 ArbZG Rn. 9.

87 Vgl. BAG v. 15.11.2018 – 6 AZR 294/17 Rn. 24; BAG v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17 Rn. 18.

88 Dobberahn, Rn. 8.

89 Grobys/Panzer-Heemeier/Ünsal, Arbeitszeit, Rn. 1; Schliemann, ArbZG, Vorb. Rn. 1.

90 Merath, GWR 2020, 298.

91 Schliemann, ArbZG, Vorb. Rn. 1.

tonomen Arbeitszeitbegriff des Unionsrechts.⁹² Arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit ist nach Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG demnach jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer arbeitet, seinem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Der EuGH prüft an sich alle drei Merkmale des Arbeitszeitbegriffs einzeln, betrachtet sie der Sache nach aber als Beispiele eines einzigen Arbeitszeitbegriffs.⁹³ Damit genügt es nach Ansicht des EuGH bereits, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber „am Arbeitsplatz zur Verfügung“ steht, ohne dass er dort auch tatsächlich „seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“. ⁹⁴

Zwar stellt die Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG zusätzlich auf die „*einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten*“ der Mitgliedstaaten ab. Dieser Vorbehalt wird vom EuGH gemeinhin aber nicht so verstanden, dass die Mitgliedstaaten ihren eigenen arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeitbegriff anlegen könnten. Dadurch würde nämlich der Zweck der RL 2003/88/EG (Mindestschutzstandard im Arbeitszeitrecht) unterlaufen.⁹⁵ Unerheblich ist somit, dass § 2 Abs. 1 ArbZG eine Definition der arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeit enthält.

3. Mitbestimmungsrechtliche Arbeitszeit

Der mitbestimmungsrechtliche Arbeitszeitbegriff bestimmt sich nach dem Zweck des jeweiligen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG).⁹⁶ Mangels praktischer Relevanz wird er hier jedoch nicht näher erörtert.

4. Bedeutung der Differenzierung

Den Arbeitszeitbegriffen liegen jeweils unterschiedliche Schutzzwecke zugrunde:⁹⁷ Den vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff kann die RL 2003/88/EG nicht regeln. Hierfür fehlt der Union gemäß Art. 153

92 Preis/Sagan/Ulber, § 7 Rn. 7.98.

93 Preis/Sagan/Ulber, § 7 Rn. 7.106.

94 Preis/Sagan/Ulber, § 7 Rn. 7.106; vgl. EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 „Matzak“ Rn. 59.

95 EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 „Matzak“ Rn. 45; EuGH v. 09.09.2003 – C-151/02 „Jaeger“ Rn. 58.

96 BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06 Rn. 26; BAG v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96 Rn. 30; ErfK/Roloff, § 2 ArbZG Rn. 11.

97 Happ, jurisPR-Compl. 3/2019, Anm. 2, S. 6.

Abs. 5 AEUV die Kompetenz.⁹⁸ Folglich enthält die Richtlinie auch keine Regelung zur Vergütung von Arbeitszeit. Die Mitgliedstaaten können zwar grundsätzlich die vergütungsrechtliche Arbeitszeit in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben zur arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeit auslegen.⁹⁹ Dadurch würde ein einheitlicher Arbeitszeitbegriff geschaffen. In Deutschland verwendet man indes keinen einheitlichen Begriff. Das BAG fordert in ständiger Rechtsprechung zwischen der vergütungsrechtlichen Arbeitszeit nach § 611 BGB (mittlerweile § 611a BGB) und der arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeit nach dem ArbZG zu differenzieren.¹⁰⁰

„Unerheblich für die Vergütungspflicht von Reisezeiten ist deren arbeitszeitrechtliche Einordnung nach § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG. Denn die Qualifikation einer bestimmten Zeitspanne als Arbeitszeit im Sinne des gesetzlichen Arbeitszeitschutzrechts führt nicht zwingend zu einer Vergütungspflicht, wie umgekehrt die Herausnahme bestimmter Zeiten aus der Arbeitszeit nicht die Vergütungspflicht ausschließen muss.“¹⁰¹

Die Tätigkeiten von Arbeitnehmern können folglich nicht unter einen einheitlichen Arbeitszeitbegriff subsumiert werden. Um mit den Arbeitszeitbegriffen in der Praxis arbeiten zu können, muss deshalb zunächst eingeordnet werden, welcher Arbeitszeitbegriff im konkreten Anwendungsfall überhaupt einschlägig ist.

II. Grundlagen öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschutzes

Die Arbeitszeiterfassung ist durch Auslegung der RL 2003/88/EG bedeutsam geworden.¹⁰² Diese Richtlinie entspricht im deutschen Recht dem ArbZG, das im Kern den öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschutz regelt. Deshalb sind im Folgenden auch nur öffentlich-rechtliche Arbeitszeitgrundlagen dargestellt.

98 EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 „Matzak“ Rn. 49; vgl. EuGH v. 26.07.2017 – C-175/16 „Hälvä“ Rn. 25; EuGH v. 10.09.2015 – C-266/14 „Tyco“ Rn. 48 m.w.N.

99 EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 „Matzak“ Rn. 50.

100 BAG v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17 Rn. 16; BAG v. 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 Rn. 30; BAG v. 12.12.2012 – 5 AZR 355/12 Rn. 16 m.w.N.

101 BAG v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17 Rn. 16.

102 Dazu ausführlich unter Kap. 2 A. III.

1. Rechtsgrundlagen

Grundlage des öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitrechts ist Art. 153 Abs. 1 lit. a) und b), Abs. 2 lit. b) AEUV. Nach dieser Vorschrift können Europäisches Parlament und Rat zur Verbesserung der Arbeitsumwelt, zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer und der Arbeitsbedingungen Richtlinien als Mindestvorschriften erlassen. Das haben sie in Form der RL 2003/88/EG gemacht, die 2004 in Kraft trat.¹⁰³ Die RL 2003/88/EG hat eine ältere Richtlinien von 1993 sowie eine Ergänzungsrichtlinie von 2000 zusammengefasst und abgelöst (RL 93/104/EG und RL 2000/34/EG).¹⁰⁴ Zusätzlich zur RL 2003/88/EG sind einige Mindestarbeitsbedingungen (das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten) seit 2007 auch in Art. 31 Abs. 2 GRCh verankert.¹⁰⁵ Diese Vorschrift ist nicht ein bloßer Grundsatz gemäß Art. 52 Abs. 5 AEUV, sondern ein echtes Grundrecht.¹⁰⁶ Als Grundrecht wird Art. 31 Abs. 2 GRCh vom EuGH regelmäßig zur Argumentation herangezogen. Richtlinien sind in dessen Lichte auszulegen.¹⁰⁷

Deutschland setzt das unionsrechtliche Arbeitszeitrecht seit 1994 durch das ArbZG um.¹⁰⁸ Das ArbZG selbst wiederum fasst Regelungen der seit 1938 bestehenden Arbeitszeitordnung (AZO) und der GewO über die Sonntagsruhe zusammen.¹⁰⁹

2. Höchstarbeitszeiten, Ruhezeiten und Ruhepausen

Das ArbZG soll Arbeitnehmer insbesondere davor schützen, übermäßig zeitlich beansprucht zu werden, und soll dadurch den Gesundheitsschutz gewährleisten (vgl. § 1 ArbZG).¹¹⁰ Regelungen zur Vergütung von Arbeitszeit sucht man im ArbZG vergeblich. Solche waren in der Vorgängerregelung – der AZO – noch enthalten, mittlerweile beschränkt sich das ArbZG

103 Preis/Sagan/Ulber, § 7 Rn. 7.37.

104 Näher zur Entstehungsgeschichte Preis/Sagan/Ulber, § 7 Rn. 7.15 ff.

105 Schliemann, ArbZG, Vorb. Rn. 1.

106 EuArbR/Gallner, Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 37; Preis/Sagan/Ulber, § 7 Rn. 7.38.

107 EuGH v. 14.05.2019 – C-55/18 „CCOO“ Rn. 30 f.; EuGH v. 06.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 „Bauer“ Rn. 85; EuArbR/Schubert, Art. 31 GRCh Rn. 26.

108 Schliemann, ArbZG, Vorb. Rn. 6.

109 Schliemann, ArbZG, Vorb. Rn. 6.

110 Ignor/Mosbacher/Schlottfeldt, § 9 Rn. 11.

aber auf den arbeitsschutzrechtlichen Aspekt der Arbeitszeit.¹¹¹ Um diesem Zweck gerecht zu werden, ist eine tägliche Höchstarbeitszeit von nicht mehr als acht Stunden pro Tag vorgeschrieben (§ 3 S.1 ArbZG). Die Arbeitszeit kann ausnahmsweise auf bis zu zehn Stunden täglich erhöht werden, solange die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit – unter Zugrundelegung einer Sechs-Tage-Woche – in einem sechsmonatigen Ausgleichszeitraum acht Stunden pro Tag nicht überschreitet (vgl. § 3 S.2 ArbZG). Ferner gewährt das ArbZG den Arbeitnehmern eine tägliche Ruhezeit von elf ununterbrochenen Stunden (§ 5 ArbZG) und Mindestruhepausen von 30 bis 45 Minuten (§ 4 ArbZG). Schließlich muss mindestens ein Tag pro Woche beschäftigungsfrei sein – das ist i.d.R. der Sonntag (§ 9 ArbZG).

3. Behördliche Kontroll- und Sanktionsbefugnisse

Die Einhaltung dieser Rechte wird ausschließlich von den nach Landesrecht zuständigen Aufsichtsbehörden (§ 17 ArbZG) kontrolliert – i.d.R. den Gewerbeaufsichtsämtern oder Ämtern für Arbeitsschutz.¹¹² Um den Behörden ihren Kontrollauftrag zu erleichtern, schreibt § 16 Abs. 2 ArbZG in bestimmten Fällen vor, Arbeitszeiten aufzuzeichnen.¹¹³ Wird dennoch gegen die Vorgaben des ArbZG – insbesondere die Höchstarbeitszeit und Ruhezeit – verstoßen, kann die Behörde im Einzelfall Auskunft verlangen oder die zur Erfüllung der sich aus dem ArbZG ergebenden Pflichten „*erforderlichen Maßnahmen*“ anordnen (§ 17 Abs. 2 ArbZG). Bleiben derartige Maßnahmen erfolglos, ist die Verletzung der gesetzlichen Pflichten des ArbZG bußgeld- oder sogar strafbewährt (§§ 22, 23 ArbZG).¹¹⁴

Aufgrund dieser Kontrollbefugnis der Aufsichtsbehörden sowie der Absicherung durch das Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht ist das Arbeitszeitrecht der Sache nach öffentliches Recht.¹¹⁵ Deswegen spielte insbesondere § 16 Abs. 2 ArbZG in der bisherigen arbeitsgerichtlichen Praxis entweder

111 Küttner/Poeche, Personalbuch, Arbeitszeit, Rn. 25; Spengler, AiB 9/2019, S. 30.

112 Siehe Übersicht bei Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, § 17 Rn. 5; Dobberahn, Rn. 11; Neumann/Biebl, ArbZG, § 17 Rn. 1.

113 BT-Drs. 12/5888, S. 31; dazu ausführlich unter Kap. 1 B. I.

114 Übersicht zu den Sanktionsnormen bei Schaub/Vogelsang, HB-ArbR 2019, § 155 Rn. 7.

115 Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, Einl. Rn. 48; Dobberahn, Rn. 8, 11; vgl. Neumann/Biebl, ArbZG, Einl. Rn. 20; Roggendorff, ArbZG, Einf. B III 1.

keine oder nur eine Nebenrolle. Wenn die Vorschrift von den Gerichten überhaupt erwähnt wurde, dann meistens wegen Herausgabe der Arbeitszeitdaten im Rahmen eines Auskunftersuchens des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 BetrVG¹¹⁶, zur Berücksichtigung arbeitsschutzrechtlicher Arbeitszeiten im Überstunden- bzw. Vergütungsprozess¹¹⁷ oder bei der Entfernung einer Abmahnung wegen der Delegation der Aufzeichnungspflicht.¹¹⁸ Die übrigen Verfahren betreffen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde und unterliegen demnach der Verwaltungsgerichtsbarkeit.¹¹⁹

4. Keine Dispositionsbefugnis der (Arbeits-)Vertragsparteien

Die Vorschriften des ArbZG sind – was in der Praxis oft übersehen wird – beidseitig zwingend.¹²⁰ Eine Dispositionsbefugnis der Arbeitsvertragsparteien besteht aufgrund seines öffentlich-rechtlichen Charakters gerade nicht.¹²¹ Der Arbeitnehmer darf also nicht etwa freiwillig mehr als zehn Stunden pro Tag arbeiten, seine Ruhezeit und Pausen verkürzen oder ganz ausfallen lassen. Der Arbeitgeber darf solche Arbeitszeiten weder erlauben noch darf er sie dulden. Vielmehr muss er nach der Konzeption des Arbeitszeitschutzes aktiv einschreiten, wenn sich Anhaltspunkte dafür

116 Abschließende Aufzählung: BAG v. 06.05.2003 – 1 ABR 13/02 Rn. 38 f.; LAG Hessen v. 27.05.2008 – 12 Sa 30/07 Rn. 15; LAG Köln v. 07.05.2008 – 3 TaBV 85/07; LAG Niedersachsen v. 08.11.2004 – 5 TaBV 36/04; KAG Rottensburg-Stuttgart v. 23.04.2010 – AS 04/10.

117 Abschließende Aufzählung: BAG v. 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 Rn. 27, 30 insbesondere zu § 21a ArbZG; LAG Berlin-Brandenburg v. 28.06.2017 – 15 Sa 66/17 Rn. 35; LAG Berlin-Brandenburg v. 03.06.2010 – 15 Sa 166/10 Rn. 51; LAG Berlin-Brandenburg v. 18.12.2009 – 22 Sa 361/09 und 438/09; LAG Thüringen v. 05.03.2009 – 3 Sa 71/07; ArbG Berlin v. 10.08.2017 – 41 Ca 12115/16 Rn. 67.

118 LAG Rheinland-Pfalz v. 05.06.2013 – 8 Sa 571/12 Rn. 32.

119 Siehe etwa BVerwG v. 19.03.2014 – 6 P 1.13, Rn. 12 ff.; BVerwG v. 04.07.1989 – 1 C 3/87, Rn. 18; VGH München v. 26.10.2011 – 22 CS 11.1989, Rn. 15; VGH Mannheim v. 13.06.2006 – 6 S 517/06, Rn. 8 f.; VG Ansbach v. 25.01.2017 – AN 4 K 15.00907, Rn. 95; VG Augsburg v. 27.05.2013 – Au 5 K 12.665, Rn. 43; VG Augsburg v. 25.01.2008 – Au 4 K 07.973, Rn. 33 f.; VG Augsburg v. 16.05.2007 – Au 4 S 07.491, Rn. 26; vgl. auch VGH München v. 14.03.2008 – 22 CS 07.2968, Rn. 7.

120 Schaub/Vogelsang, HB-ArbR 2019, § 155 Rn. 7; Wank, RdA 2014, 285, 288.

121 BAG v. 28.10.1971 – 2 AZR 15/71, Rn. 17; EuGH v. 14.10.2010 – C-243/09 „Fuß I“ Rn. 33; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1 Rn. 24; Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, Einf., Rn. 52; Falder, NZA 2010, 1150, 1152; Krause, NZA-Beil. 2/2019, 86, 89; Wank, RdA 2014, 285, 288; Pinggen, Arbeitszeiterfassung, S. 34; vgl. Klein/Leist, ZESAR 2019, 365, 371.

ergeben, dass die gesetzlichen Vorgaben des ArbZG nicht eingehalten werden.¹²² Das ArbZG schützt den Arbeitnehmer vor sich selbst.¹²³

B. Gesetzliche Regelungen zur Arbeitszeiterfassung in Deutschland

Die Arbeitszeiterfassung dient der Durchsetzung des Arbeitszeitrechts.¹²⁴ Entsprechende Regelungen dazu sind in Deutschland keinesfalls neu.¹²⁵ Die allgemeine Vorschrift zur Arbeitszeiterfassung, § 16 Abs. 2 ArbZG, beruht bspw. auf § 24 Abs. 1 Nr. 3 AZO, der schon seit 1938 einen „Nachweis“ über die Arbeitszeit forderte.¹²⁶ Schon damit waren der Sache nach „Aufzeichnungen“ über die Arbeitszeit mit Zeiterfassungsgeräten gemeint.¹²⁷ Trotz dieser langen Tradition ist die Frage der Arbeitszeiterfassung vor der EuGH-Entscheidung kaum diskutiert worden.¹²⁸ In der Gerichtspraxis spielte § 16 Abs. 2 ArbZG nahezu keine Rolle.¹²⁹ Vertiefte Auseinandersetzungen mit der Norm gab es in keinem Verfahren. Dasselbe gilt erst recht für alle Erfassungsvorschriften, die es daneben sonst noch gibt. Aus diesem Grund ist das deutsche Regelungssystem zur Arbeitszeiterfassung vor der EuGH-Entscheidung nachfolgend überblicksartig dargestellt. Die Darstellung vermittelt ein Bild davon, an welchen nationalen Regelungen bei der Analyse der Voraussetzungen der Zeiterfassung bereits angeknüpft werden kann und welcher Umsetzungsbedarf sich aus den unionsrechtlichen Vorgaben noch ergibt.

Die deutsche Zeiterfassung lässt sich in vier Säulen einteilen: erstens in die allgemeine Pflicht der Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung gemäß

122 BAG v. 28.10.1971 – 2 AZR 15/71, Rn. 17; Krause, 71. DJT, B 49; Wank, RdA 2014, 285, 288.

123 Neumann/Biebl, ArbZG, § 1 Rn. 3; vgl. auch Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1 Rn. 24.

124 Vgl. etwa die Überschrift des fünften Abschnittes des ArbZG: „Durchführung des Gesetzes“.

125 Vgl. Ulber, NZA 2019, 677, 679.

126 Zum Hintergrund Anzinger/Koberski, ArbZG, § 16 Rn. 1.

127 Vgl. etwa Meinz/Hiersemann, AZO, § 24 Rn. 14.

128 Zu § 16 Abs. 2 ArbZG im Wesentlichen Schliemann, FA 2016, 66; Schlottfeldt/Hoff, NZA 2001, 530; nach Anhängigkeit des EuGH-Verfahrens auch Niklas, ArbRB 2019, 112.

129 Mit jeweils kurzer Erwähnung BAG v. 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, Rn. 27; LAG Berlin v. 28.06.2017 – 15 Sa 66/17, Rn. 44; LAG Berlin-Brandenburg v. 18.12.2009 – 22 Sa 361/09 u.a., Rn. 39; LAG Thüringen v. 05.03.2009 – 3 Sa 71/07; LAG Hessen v. 27.05.2008 – 12 Sa 30/07, Rn. 16; LAG Niedersachsen v. 08.11.2004 – 5 TaBV 36/04, Rn. 47; ArbG Berlin v. 10.08.2017 – 41 Ca 12115/16, Rn. 103.

§ 16 Abs. 2 ArbZG, zweitens in besondere Pflichten zur Arbeitszeiterfassung in speziellen Bereichen, drittens in die vom Betriebsrat und schließlich viertens in die behördlich veranlasste Arbeitszeiterfassung.

I. Allgemeine Vorschrift der Arbeitszeiterfassung, § 16 Abs. 2 ArbZG

1. Anwendungsbereich

§ 16 Abs. 2 ArbZG ist die Grundnorm der Arbeitszeiterfassung. Sie unterscheidet sich von den zahlreichen weiteren Normen zur Arbeitszeiterfassung in erster Linie durch ihren weiteren Anwendungsbereich. Ihrem Wortlaut nach gilt sie erst einmal für alle „Arbeitnehmer“. Insoweit wird der allgemeine Arbeitnehmerbegriff gemäß § 611a BGB angewendet.¹³⁰ Nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 2 ArbZG fallen darunter Arbeiter, Angestellte und Auszubildende. Die Vorschrift gilt grundsätzlich auch für tarifbeschäftigte Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst.¹³¹ Nur für Beamte, Soldaten und Richter gilt sie nicht, da diese in keinem privatrechtlichen Dienstverhältnis stehen.¹³² Für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben im öffentlichen Dienst ist das ausdrücklich in § 19 ArbZG normiert. Daneben sind gemäß § 18 ArbZG lediglich einige wenige Berufsgruppen explizit von der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung ausgenommen. Zu erwähnen sind insbesondere Personen mit Führungsverantwortung (leitende Angestellte i.S.d. § 5 Abs. 3 BetrVG), Chefärzte, Arbeitnehmer im liturgischen Bereich sowie Arbeitnehmer unter 18 Jahren. Für die Aufzeichnungen verantwortlich ist nach der gesetzlichen Konzeption „der Arbeitgeber“.¹³³ Dieser Begriff ist unbeschränkt, sodass das ArbZG grundsätzlich für Arbeitgeber in allen Bereichen und insbesondere auch für staatliche Arbeitgeber gilt (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG).¹³⁴

130 Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, § 2 Rn. 86; Ignor/Mosbacher/Schlottfeldt, § 9 Rn. 11; Küttner/Poeche, Personalbuch, Arbeitszeit, Rn. 4; ausführlich Neumann/Biebl, ArbZG, § 2 Rn. 21 f.

131 Vallée, RiA 2020, 16, 19; vgl. auch Hahn, öAT 2019, 202, 203.

132 Vgl. BAG v. 18.07.2007 – 5 AZR 854/06 Rn. 19; Ignor/Mosbacher/Schlottfeldt, § 9 Rn. 11.

133 Anzinger/Koberski, ArbZG, § 16 Rn. 12; Ignor/Mosbacher/Schlottfeldt, § 9 Rn. 144; KFF/Kohte, GesamtArbSchR, § 16 ArbZG Rn. 14.

134 Vallée, RiA 2020, 16, 19; vgl. Hahn, öAT 2019, 202, 203; Steinfeld, VersW 2020, 105, 106.

2. Gegenstand der Arbeitszeiterfassung

Für § 16 Abs. 2 ArbZG gilt – ebenso wie für alle anderen Normen des ArbZG – der arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeitbegriff aus § 2 Abs. 1 ArbZG.¹³⁵

a) Erfassung von Überstunden und Ausgleichszeiten?

§ 16 Abs. 2 ArbZG verpflichtet grundsätzlich nur zur Erfassung von Überstunden i.S.d. ArbZG.¹³⁶ Das folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift.¹³⁷ Nach § 16 Abs. 2 ArbZG sind die Arbeitgeber verpflichtet, „die über die [...] Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen“. In § 3 S. 1 ArbZG ist die (werk-)tägliche Arbeitszeit grundsätzlich auf acht Stunden beschränkt. Aus dem Zusammenspiel dieser beiden Vorschriften ergibt sich die Begrenzung der Erfassung auf alle über acht Stunden hinausgehende Arbeitszeit.¹³⁸

Dennoch vertreten einige Autoren die Ansicht, § 16 Abs. 2 ArbZG verpflichte die Arbeitgeber daneben auch zur Aufzeichnung der Ausgleichszeiten gemäß § 3, 6 Abs. 2 und 7 Abs. 2 ArbZG.¹³⁹ Das wird u.a. mit dem Zweck von § 16 Abs. 2 ArbZG begründet. § 16 Abs. 2 ArbZG soll den Aufsichtsbe-

135 Ignor/Mosbacher/Schlottfeldt, § 9 Rn. 143; Schliemann, ArbZG, § 16 Rn. 8; vgl. Buschmann/Ulber J., ArbZG, § 16 Rn. 11.

136 LAG Berlin-Brandenburg v. 03.06.2010 – 15 Sa 166/10 Rn. 60; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 16 Rn. 11; Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, § 16 Rn. 21; Kock, BeckOK ArbR, § 16 ArbZG Rn. 3; Dobberahn, Rn. 165; ErfK/Roloff, § 16 ArbZG Rn. 3; HK-ArbZR/Sitzenfrei, ArbZG, § 16 Rn. 18; Ignor/Mosbacher/Schlottfeldt, § 9 Rn. 143; Kraegeloh, ArbZG, § 16 Rn. 2; Küttner/Poeche, Personalbuch, Arbeitszeit, Rn. 25; MüHdB-ArbR/Koberski, Band II, § 186 Rn. 31; NK-ArbR/Wichert, § 16 ArbZG Rn. 8; Schliemann, ArbZG, § 16 Rn. 6.

137 Erbs/Kohlhaas/Häberle, § 16 ArbZG Rn. 4; ErfK/Roloff, § 16 ArbZG Rn. 3; HK-ArbZR/Sitzenfrei, ArbZG, § 16 Rn. 17; Ignor/Mosbacher/Schlottfeldt, § 9 Rn. 143; Schliemann, ArbZG, § 16 Rn. 7.

138 Näher dazu Niklas, ArbRB 2019, 112, 113.

139 So etwa Buschmann/Ulber J., ArbZG, § 16 Rn. 7; HK-ArbR/Bartl, § 16 ArbZG Rn. 5; KFF/Kohle, GesamtArbSchR, § 16 ArbZG Rn. 12; Neumann/Biebl, ArbZG, § 16 Rn. 6; ebenso schon Erasmý, NZA 1994, 1105, 1111; Roggendorff, ArbZG, § 16 Rn. 8. Diese Ansicht wird auch vom Arbeitsministerium in NRW vertreten: Erlass MAIS NRW – III 2 – 8312 – v. 30.12.2013, S. 26; im Zweifel befürwortend Niklas, ArbRB 2019, 112, 114.

hörden die umfassende Kontrolle des ArbZG ermöglichen.¹⁴⁰ Damit die Aufsichtsbehörden die Einhaltung von § 3 S. 1 ArbZG aber sinnvoll kontrollieren können, muss ihnen nicht nur die Überschreitung der Acht-Stunden-Grenze an einem Tag, sondern auch die Überschreitung dieser Grenze während des Ausgleichszeitraums bekannt sein.¹⁴¹ Demnach müssten also für den Ausgleichszeitraum (von sechs Monaten) sämtliche Arbeitszeiten erfasst werden, da nur so geprüft werden kann, ob die Durchschnittsarbeitszeit von acht Stunden im Ausgleichszeitraum eingehalten wurde.¹⁴²

Im Ergebnis ist die Aufzeichnung von Ausgleichszeiten allerdings abzulehnen.¹⁴³ Hätte der Gesetzgeber § 16 Abs. 2 ArbZG auf sämtliche geleistete Arbeitszeiten ausweiten wollen, hätte er das im Wortlaut konkreter darstellen müssen.¹⁴⁴ Dass er dazu durchaus in der Lage ist, zeigt der systematische Blick auf andere – viel umfassendere – Vorschriften zur Arbeitszeiterfassung.¹⁴⁵ Bereits im ArbZG selbst ist mit § 21a Abs. 7 ArbZG eine weitergehende Vorschrift enthalten, die die Arbeitgeber verpflichtet, „*die Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen*“. Eine Einschränkung im Umfang wie § 16 Abs. 2 ArbZG enthält die Vorschrift nicht. Offenbar soll der sachliche Anwendungsbereich der beiden Vorschriften also unterschiedlich sein. Arbeitszeiterfassungsnormen in anderen Gesetzen sind sogar noch deutlicher: In § 17 Abs. 1 MiLoG heißt es etwa, der Arbeitgeber müsse „*Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit*“ der Arbeitnehmer aufzeichnen. Besonders deutlich ist schließlich § 8 Offshore-ArbZV:¹⁴⁶

„Der Arbeitgeber ist abweichend von § 16 Absatz 2 Satz 1 des Arbeitszeitgesetzes verpflichtet, die gesamte Arbeitszeit [Herv. d. Verf.] sowie den

140 HK-ArbR/Bartl, § 16 ArbZG Rn. 5; Neumann/Biebl, ArbZG, § 16 Rn. 6; Roggendorff, ArbZG, § 16 Rn. 8.

141 Siehe Roggendorff, ArbZG, § 16 Rn. 8.

142 Umfassende Zeiterfassung im Ausgleichszeitraum bejahend Buschmann/Ulber J., ArbZG, § 16 Rn. 7; Erfassung eines Ausgleichstages genügen lassend Roggendorff, ArbZG, § 16 Rn. 8.

143 Ausdrücklich Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, § 16 Rn. 22; Erbs/Kohlhaas/Häberle, § 16 ArbZG Rn. 4; ErfK/Roloff, § 16 ArbZG Rn. 3; HK-ArbZR/Sitzenfrei, ArbZG, § 16 Rn. 21; Ignor/Mosbacher/Schlottfeldt, § 9 Rn. 145; NK-ArbR/Wichert, § 16 ArbZG Rn. 8.

144 ErfK/Roloff, § 16 ArbZG Rn. 3.

145 Siehe etwa Bayreuther, NZA 2020, 1, 3; Erbs/Kohlhaas/Häberle, § 16 ArbZG Rn. 3; vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 03.06.2010 – 15 Sa 166/10 Rn. 60; Heinlein, AiB 10/2019, S. 53.

146 Bayreuther, NZA 2020, 1, 3; Ulber, Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung, S. 64.